Statens utomobligatoriska skadeståndsansvar — några utvecklingslinjer

Av hovrättsrådet, och vice ordförande på avdelning, KARIN WISTRAND[1]

Den 1 april 2018 lagfästes statens skadeståndsansvar vid överträdelser av Europakonventionens fri- och rättigheter. Bestämmelsen, som återfinns i 3 kap. 4 § skadeståndslagen, markerar ett slags avslut för den rättsutveckling som knäsattes genom Högsta domstolens avgörande i NJA 2005 s. 462 och på allvar tog fart under hösten 2007 genom NJA 2007 s. 295 och NJA 2007 s. 584. Parallellt med statens skadeståndsansvar vid konventionsöverträdelser har också skadeståndsansvaret vid överträdelser av EU-rätten liksom ansvaret enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen utvecklats. Till detta kommer möjligheten till skadestånd vid överträdelser av regeringsformen i vissa fall. I artikeln diskuteras några utvecklingslinjer vilka, enligt författarens mening, i vissa stycken sammanfaller för respektive skadeståndsinstitut men mestadels löper på armslängds avstånd från varandra.

1 Statens utomobligatoriska skadeståndsansvar — en kort bakgrund

När Sverige blev medlem i EU 1995 framgick det av EU-domstolens fasta praxis att det med medlemskapet som sådant — förutom skyldigheten att upprätthålla principerna om unionsrättens företräde och direkta effekt — följde en skyldighet för staten att tillhandahålla ett rättsmedel i form av skadestånd för de enskilda (fysiska och juridiska personer) vars EU-rättsliga rättigheter hade överträtts. Att det rörde sig om ett EU-rättsligt skadeståndsinstitut som i sina grundläggande delar skulle gälla på samma sätt i alla medlemsstater stod klart, även om villkoren för skadeståndsansvaret uttryckts på ett övergripande sätt. EU-domstolen har varit mycket noggrann med att understryka främst att det kvalificerande moment av karaktären culpa (oaktsamhet, vårdslöshet), som tillämpas för statsskadestånd i de flesta nationella rättsordningarna och som därmed hade fått sina individuella nationella tolkningar, inte skulle gälla för det EU-rättsliga skadeståndet. Det skulle leda till att ansvaret varierade medlemsstaterna emellan vilket inte kan förenas med fördragets och EU-samarbetets principiella utgångspunkter. De grundläggande förutsättningarna för medlemsstaternas

[1] Artikelförfattaren är sedan 2014 domare i Svea hovrätt, arbetade 2007–2014 hos Justitiekanslern främst med ansvar för de unions- och konventionsbaserade skadeståndsanspråken och 2001–2007 på Utrikesdepartementet som regeringens ombud i målen vid EU-domstolen samt var expert i utredningen Skadestånd och Europakonventionen (SOU 2010:87). Synpunkterna är artikelförfattarens egna.

unionsrättsliga skadeståndsansvar ska vara desamma i hela unionen och EU-domstolen den yttersta uttolkaren av dem.

Allmänt uttryckt förutsätter unionsrättsligt skadestånd att medlemsstaten har överträtt en unionsrättslig regel som är avsedd att skapa rättigheter för enskilda,[2] att överträdelsen är klar (tillräckligt allvarlig) och att det föreligger ett direkt orsakssamband mellan överträdelsen och den skada som den enskilde begär ersättning för.

Det var med dessa utgångspunkter som Sverige stannade för att det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet skulle lämnas oreglerat i nationell rätt.[3] Alternativet att i stället inordna det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet i det allmännas ansvar enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen hade fått till följd att det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen av nödvändighet hade fått anpassas till och följa utvecklingen av det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet, genom den tolkning som EU-domstolen ytterst skulle ge det. Utöver kravet på culpa skulle t.ex. den avgränsning som följer av att det allmänna enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen endast ansvarar för skada som uppkommer vid myndighetsutövning inte kunna tillämpas för unionsskadestånd. Inte heller den talerättsbegränsning som följer av 3 kap. 7 § skadeståndslagen, som vid lagstiftningsfel (vilket är den mest frekvent åberopade överträdelsetypen unionsrättsligt sett) innebär att skadestånd inte utgår med mindre än att den aktuella lagen har ändrats eller upphävts, skulle kunna tillämpas. Att föra in det unionsrättsliga skadeståndet under bestämmelsen i 3 kap. 2 § skadeståndslagen skulle alltså oundvikligen ha lett till att den nationella skadeståndsbestämmelsen hade fått anpassas till det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet.[4] Det var inte det val som gjordes i Sverige.

[2] EU-domstolen använder i många olika sammanhang uttrycket att en unionsrättslig regel skapar rättigheter för enskilda. För skadeståndsansvar krävs emellertid att den unionsrättsliga regeln är avsedd att skapa rättigheter av viss karaktär. Mer korrekt bör man därför uttrycka det första villkoret för unionsrättsligt skadeståndsansvar så att överträdelsen ska avse en unionsrättslig regel som är avsedd att skapa rättigheter för enskilda i den mening som avses i EU-domstolens praxis om medlemsstaternas utomobligatoriska skadeståndsansvar.

[3] Jämför främst SOU 1997:194.

[4] Det sagda illustreras väl av utvecklingen vad gäller skadestånd vid fel i offentlig upphandling. I Sverige har upphandlingsskadestånd traditionellt bedömts mot bakgrund av principerna för skadestånd i kontraktuella förhållanden. I senare praxis har Högsta domstolen emellertid uppmärksammat att EU-domstolen i sin praxis om upphandlingsskadestånd utgår från det unionsrättsliga utomobligatoriska skadeståndsinstitutet. I NJA 2016 s. 358 har Högsta domstolen, med hänvisning till EU-domstolens praxis, uttalat att som kvalificerande moment för skadestånd vid fel i offentlig upphandling förutsätts att det föreligger en tillräckligt klar överträdelse; det ska vara fråga om en tydlig och inte bagatellartad avvikelse från de principer som gäller för upphandlingskrav eller från vad som kan anses utgöra en sakligt gjord bedömning av anbud i förhållande till underlaget. Det unionsrättsliga kravet på en klar överträdelse tillämpas därmed för alla upphandlingsskadestånd, dvs. även för sådana situationer som i Sverige omfattas av lagen om offentlig upphandling men där tillämpningsområdet är vidare än de underliggande EU-rättsliga reglerna föreskriver.

Genom att hålla isär de olika regelkomplexen kunde man låta det nationella statsskadeståndet bibehållas och utvecklas enligt nationell praxis medan det unionsrättsliga följer de villkor och principer som ytterst slås fast av EU-domstolen. En annan sak är att två i grunden praxisburna skadeståndsinstitut kan komma att påverkas av varandra och utvecklas i samma riktning även om de inte är inordnade under samma lagregel.

I den konkreta rättstillämpningen måste det generellt uttryckta unionsrättsliga skadeståndsinstitutet kompletteras av nationella bestämmelser och principer för hur talan förs.[5] När det gäller de processuella villkoren för hur en skadeståndstalan förs finns det alltså inte några gemensamma regler. Med utgångspunkt i medlemsstaternas processuella autonomi har därmed respektive medlemsstat att bestämma vilka processuella regler som ska gälla för en talan om unionsrättsligt skadestånd. De villkor som fastställs i de olika nationella lagstiftningarna i fråga om skadestånd får dock inte vara mindre förmånliga än de villkor som gäller för liknande nationella ersättningsanspråk (likvärdighetsprincipen) och inte heller utformas så att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd (effektivitetsprincipen).[6]

Det finns skäl att understryka att varken unionsrätten i allmänhet eller de nyss nämnda principerna förbjuder så kallad omvänd diskriminering. Den nationella skadeståndsrätten kan därför, utan att komma i konflikt med unionsrätten, erbjuda större möjligheter till skadestånd vid överträdelser av unionsrätten än det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet kräver.

När det gäller likvärdighetsprincipen, har i Sverige i vissa skadeståndsprocesser mot staten gjorts gällande att principen innebär att skadeståndsskyldigheten ska bedömas ömsom med tillämpning av materiella villkor från den unionsrättsliga skadeståndsinstitutet, ömsom med villkor som gäller för skadeståndsskyldighet enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen. I svensk rättstillämpning har emellertid konstaterats att de materiella villkoren för skadeståndsskyldigheten som sådan måste hållas isär och att nationella materiella regler för skadeberäk-

[5] EU-domstolen har, förutom regler som är av processuell karaktär, också hänfört sig till nationella regler för skadeberäkning (se främst de förenade målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du Pécheur, ECLI:EU:C:1995:407, punkten 67). Med svensk terminologi kan skadeberäkningsregler uppfattas som syftande på såväl materiella som processuella regler. Den unionsrättsliga definitionen av materiella respektive processuella regler kan dock inte sägas vara helt överensstämmande med den svenska. Det är därför föga meningsfullt att i den unionsrättsliga kontexten söka göra åtskillnad mellan t.ex. en talefrist och en preskriptionsfrist. Även om EU-domstolen genom hänvisningen till skadeberäkningsregler har hänfört sig även till nationella regler som inte uppfattas som processuella i strikt mening förutsätts att de nationella reglerna som ska tillämpas är just kompletterande. En nationell skadeberäkningsregel kan därmed t.ex. inte innebära att en viss skadetyp inte är ersättningsgill.

[6] Se i första hand de förenade målen C-6/90 och 9/90 Francovich (ECLI:EU:C:1991:428) punkten 43 med där angiven hänvisning.

ning aktualiseras först i en situation där samtliga villkor för skadeståndsskyldighet på unionsrättslig grund är uppfyllda.[7] Likvärdighetsprincipen, som har sin grund i praxis avseende nationella processuella bestämmelser, ställd i relation till medlemsstaternas processuella autonomi, kan inte få till effekt att enskilda materiella villkor i det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet ersätts av ett materiellt villkor hämtat från ett annat skadeståndsinstitut, t.ex. 3 kap. 2 § skadeståndslagen.

Även om de grundläggande villkoren för statsskadestånd i stort varit klarlagda återstod ännu en bra bit in på 2000-talet en rad frågor som inte hade belysts i praxis, både när det gäller det allmännas ansvar enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen och medlemsstaternas unionsrättsliga skadeståndsansvar. Som exempel kan nämnas frågan om formella fel vid normgivning omfattas av begreppet myndighetsutövning och kan föranleda skadeståndsskyldighet enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen, liksom den motsvarande men något annorlunda bedömning som i sådana fall görs vid unionsrättsligt skadestånd. Ytterligare en sådan fråga är den i svensk praxis stadgade principen att det krävts lagstöd för att en rätt till ersättning för icke ekonomisk skada (”ideell skada”) ska föreligga.[8] Den principen kan inte tillämpas unionsrättsligt eftersom det följer av EU-domstolens fasta praxis att alla skadetyper i princip måste kunna ersättas.[9] Frågan har emellertid knappast uppmärksammats vad gäller de unionsrättsliga skadeståndsanspråken eftersom dessa huvudsakligen rör näringsrättsliga frågor där ersättning för ideell skada inte aktualiseras. När det gäller skyddet för fri- och rättigheterna enligt Europakonventionen är förhållandena i regel de omvända: den skada som den enskilde lider när en konventionsrättighet åsidosätts är som oftast inte av ekonomisk karaktär utan manifesteras genom känslor som maktlöshet och oro. Att Högsta domstolen i avgörandena från 2007 kom fram till att ersättning för sådan ideell skada kunde utgå utan särskilt stöd i lag vid överträdelser av Europakonventionen markerar en central utveckling av det allmännas skadeståndsansvar.

Det vore emellertid ett misstag att anta att utvecklingen av rätten till ersättning för ideell skada vid konventionsöverträdelser på ett omedelbart eller mer allmänt sätt påverkar de grundläggande förutsättningarna för statens skadeståndsansvar enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen eller för det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet. Skadestånd som kompensatoriskt rättsmedel för att gottgöra konventionsöverträdelser

[7] Se Svea hovrätts dom den 22 november 2011 i mål nr T 7771-10, genom vilken Stockholms tingsrätts dom den 2 september 2010 i mål nr T 25021-06 fastställdes (Högsta domstolen beslutade den 5 mars 2013 att inte ge prövningstillstånd).

[8] Se t.ex. prop. 2000/01:68 s. 17.

[9] Se de förenade målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du Pécheur (ECLI:EU:C:1995:407) punkterna 81–90. Principen har bekräftats i bl.a. flera av de skatterättsliga mål (exempelvis C-397/98 Metallgesellschaft, ECLI:EU:C:2001:134, och C-524/04 Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, ECLI:EU:C:2007:161) som berört frågan om rätt till ersättning för ”ränta” (snarare förlust av avkastning) vid kompensation i form av skadestånd för skatt som har tagits ut i strid med unionsrätten.

grundas på överväganden som i centrala delar skiljer sig från de förutsättningar som det traditionella statsskadeståndet vilar på.

Ett liknande synsätt får anläggas på den möjlighet som lagts fast i svensk praxis på senare tid att utan stöd i lag utverka skadestånd vid överträdelser av regeringsformen. Denna form av skadestånd skiljer sig också på avgörande punkter från konventionsskadestånd och unionsrättsligt skadestånd, bl.a. genom att det inte är en följd av ett internationellt åtagande.

2 Kvalificerande moment för skadeståndsansvar

2.1 Unionsrättsligt skadestånd och skadestånd enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen

Även om den grundläggande principen att staten bär ett skadeståndsansvar gentemot enskilda är väletablerad, är det en likaledes tydlig utgångspunkt för detta ansvar att det inte är strikt. I Sverige har detta traditionellt uttryckts så att statens skadeståndsansvar inte omfattar varje ofullkomlighet i den offentliga verksamheten. Även om det på vissa områden ställs strängare krav på det allmänna, upprätthålls generellt sett ett kvalificerande moment för att skadeståndsansvar ska uppkomma.

Det unionsrättsliga skadeståndsansvaret och ansvaret enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen uttrycks visserligen på olika sätt vad det gäller det kvalificerande moment som krävs för skadeståndsskyldighet: en *klar överträdelse* respektive *vållande genom fel eller försummelse*. I den praktiska rättstillämpningen blir bedömningen dock ofta densamma. Karaktären hos den åsidosatta bestämmelsen blir i regel avgörande. När det finns ett inte obetydligt bedömnings- eller handlingsutrymme kan det mera sällan var fråga om ett skadeståndsgrundande fel eller en klar överträdelse, oavsett om det är fråga om en rättstillämpnings- eller lagstiftningssituation.

Ett typiskt unionsrättsligt exempel är upprätthållande av regler som i och för sig begränsar den fria rörligheten för varor. Fördragsbestämmelserna om fri rörlighet för varor är allmänt hållna och är inte ovillkorliga. Den fria rörligheten kan begränsas genom nationella bestämmelser som syftar till att säkerställa t.ex. skyddet för folkhälsan eller miljön, under förutsättning att de är lämpligt utformade och proportionerliga. I situationer där lagstiftaren öppet har redovisat syftet med och skälen för de avvägningar som har gjorts blir det därför sällan fråga om skadeståndsansvar, även om det i efterhand visar sig att t.ex. proportionalitetsbedömningen inte står sig. Som exempel kan nämnas upprätthållandet av alkohollagens införselförbud i förhållande till personer som via internet handlat alkohol i en annan medlemsstat och anlitat en transportör för att föra in alkoholen till Sverige. Att alkohollagens införselförbud stred mot den unionsrättsliga principen om fri rörlighet för varor slogs fast av EU-domstolen i mål C-170/04

Rosengren.[10] Däremot kunde staten inte anses ha avsiktligen överträtt fördragsbestämmelserna eller ha uppenbart och allvarligt missbedömt sitt utrymme för skönsmässig bedömning. Överträdelsen kunde inte anses tillräckligt klar för att grunda skadeståndsskyldighet för staten.[11]

I den nationella kontexten brukar motsvarande utgångspunkter i rättstillämpningssituationer ofta uttryckas så att endast uppenbart felaktiga bedömningar medför skadeståndsansvar enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen. I senare praxis har Högsta domstolen utvecklat detta genom att understryka att bedömningen ska göras nyanserat och i fråga om domstols rättstillämpning ta sin utgångspunkt i de skäl som domstolen har angivit. Frågan blir då om domstolen har resonerat på ett rimligt försvarbart sätt. Det faktiska utrymmet för att en skadeståndsgrundande normavvikelse ska anses föreligga är begränsat i de fall då bedömningsutrymmet av något skäl är stort. Om det i stället gäller tillämpning av konkreta förfarandebestämmelser eller en klar handläggningsregel som är uppställd i den enskildes rättssäkerhetsintresse kan det ställas högre krav på strikt efterlevnad än vid motsvarande tillämpning av abstrakta materiella rättsnormer.[12]

Dessa preciseringar från Högsta domstolen påverkar knappast utfallet i rättstillämpningssituationer när den materiella regeln ger utrymme för olika bedömningar.[13]

Vid åsidosättande av processregler som syftar till att säkerställa viktiga rättssäkerhetsgarantier för den enskilde blir bedömningen mer strikt. I sådana situationer passar uttrycket uppenbart felaktig rättstillämpning inte riktigt in. Kravet på aktsamhet får då ställas högre även om de rättsliga övervägandena kan vara väl så komplicerade. Även om detta inte tidigare hade varit föremål för Högsta domstolens direkta bedömning kan som exempel nämnas att Justitiekanslern inom ramen för statens frivilliga skadereglering sedan länge har tillämpat detta synsätt, t.ex. vid åsidosättande av tvingande forumbestämmelser. Sådana bestämmelser kan inte sällan vara svårtillämpade, men staten har likväl ytterst ansetts ansvara skadeståndsrättsligt om det visar sig att en domstol har gjort en felaktig bedömning av sin behörighet med ökade rättegångskostnader som följd. Detta även om bedömningen har legat i linje med sökandens eget önskemål och kan ha påverkats av dennes agerande.[14]

[10] Mål C-170/04 Rosengren (ECLI:EU:C:2007:313).
[11] Svea hovrätts dom den 30 mars 2012 i mål nr T 4482-11 genom vilken Nacka tingsrätts dom den 29 april 2011 i mål nr T 1286-07 fastställdes (Högsta domstolen beslutade den 15 augusti 2013 i mål nr T 2045-12 att inte ge prövningstillstånd).
[12] NJA 2013 s. 1210 genom hänvisningen till det särskilda yttrandet i NJA 2013 s. 842.
[13] Se NJA 1994 s. 654 där hovrätten på ett noggrant och omsorgsfullt sätt hade fullgjort sin prövning av om kravet för att bevilja kvarstad var uppfyllt, dvs. om det förelåg en risk för att den mot vilken kvarstadsyrkandet riktas på ena eller andra sättet söker undkomma att fullgöra sin förpliktelse. Att hovrättens bedömning i efterhand kunde ifrågasättas var då inte tillräckligt för skadeståndsansvar.
[14] Se t.ex. Justitiekanslerns beslut den 13 oktober 2005 (dnr 3893-04-40) med där angivna hänvisningar.

2.2 Konventionsskadestånd

Det är i stället i förhållande till konventionsskadeståndet som skillnaden blir tydlig vad gäller kvalificerande moment för skadeståndsansvar. Att över huvud taget tala om ursäktliga eller bagatellartade överträdelser av mänskliga fri- och rättigheter framstår som en självmotsägelse. Därmed inte sagt att varje överträdelse av Europakonventionen ska medföra rätt till ekonomisk ersättning. Konventionsskadeståndet avgränsas på annat sätt. Avgränsningen ligger först och främst i det faktum att möjligheten till skadestånd inte är avsedd att vara det primära rättsmedlet för att förhindra, begränsa och gottgöra konventionsöverträdelser. Enbart en möjlighet till ekonomisk kompensation i efterhand kan i själva verket sällan uppfylla kravet enligt artikel 13 i Europakonventionen att konventionsstaterna ska tillhandahålla effektiva rättsmedel på det nationella planet. Till detta kommer att den skada som en konventionsöverträdelse medför i regel är icke-ekonomisk till sin natur och därför inte på något enkelt sätt låter sig kompenseras genom just skadestånd.

Ett åsidosättande av rätten till en rättvis rättegång, t.ex. genom att försvaret inte har fått möjlighet att ställa frågor till vittnen av central betydelse som åberopas emot den anklagade, kan och ska rättas till genom att rätten till försvar tillgodoses antingen genom en ny prövning i första instans eller genom om- eller tilläggsförhör i högre instans. För sådana överträdelser är ekonomisk kompensation i efterhand systematiskt sett inte något effektivt rättsmedel.[15] Ett åsidosättande av rätten till rättegång inom skälig tid kan förhindras eller begränsas genom ett beslut om förtursförklaring eller kompenseras inom ramen för den ursprungliga processen genom att överträdelsen slås fast och en avgift eller påföljd sätts ned eller bortfaller. Vissa konventionsöverträdelser är sådana att de kan gottgöras genom att staten på ett otvetydigt sätt tar på sig ansvaret för det inträffade och på så sätt ger den enskilde upprättelse. Det är detta synsätt som kommer till uttryck i andra stycket i 3 kap. 4 § skadeståndslagen, där det anges att skadestånd endast ska utges i den utsträckning det är nödvändigt för att gottgöra överträdelsen.

Som en konkret illustration till det sagda kan NJA 2013 s. 842 nämnas. I det fallet fick bolaget (en mindre livsmedelsbutik) skadestånd för den ekonomiska förlust som bolaget hade åsamkats genom att det hade påförts en miljösanktionsavgift om 5 000 kr med anledning av att bolaget hade salufört drycker i metallburkar som inte ingick i ett retur-

[15] Man kan fråga sig om inte avgörandena i NJA 2012 s. 1038 I–II i praktiken riskerar att försvaga den enskildes rättsskydd på ett sätt som inte avsetts. I förhållande till NJA 2003 s. 414 synes avgörandena öppna upp för att domstolarna inte längre anser sig skyldiga att verka aktivt för att överträdelser så långt som möjligt avhjälps eller lindras inom ramen för den ursprungliga processen. Det kan inte uteslutas att domstolarna fortsättningsvis anser att det finns utrymme för att i stället för att i den pågående processen ta ställning till en eventuell konventionsöverträdelse hänvisa den enskilde till kompensation i efterhand genom skadestånd.

system. Sanktionsavgiften var att betrakta som ett straff i Europakonventionens mening men domstolen hade inte försäkrat sig om att de objektiva förutsättningarna för avgiftsuttaget förelåg. Av domen framgick inte att domstolen hade kontrollerat att anklagelsen var tillräckligt klart uttryckt för att bolagets rätt till försvar skulle anses ha upprätthållits. Att anklagelsen i straffrättsliga sammanhang är tillräckligt preciserad är en fråga för domstolen att självmant säkerställa.[16] Däremot skulle konventionsöverträdelsen inte föranleda någon ersättning för ideell skada. Sammantaget gjorde Högsta domstolen bedömningen att den ”rättighetskränkning”[17] som bolaget utsatts för framstod som mindre allvarlig och knappast fordrade gottgörelse för ideell skada utöver vad som låg i erkännandet av densamma.

Konventionsskadeståndet är alltså delvis en annan typ av rättsmedel än skadestånd enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen respektive på unionsrättslig grund. För skadeståndsansvar i konventionssammanhang krävs inte en överträdelse av kvalificerat slag. Praxis på konventionsområdet har därför inte direkt relevans för bedömningen av de kvalificerande momenten för skadestånd enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen respektive unionsrättsligt skadestånd.

2.3 Särskilt om skadestånd vid överträdelser av EU-stadgan

Om talan förs enligt det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet och den skadeståndsgrundande handling eller underlåtenhet som görs gällande mot medlemsstaten är en överträdelse av de rättigheter som följer av Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU-stadgan) kan det finnas skäl att fundera över om det för skadeståndsansvar kan krävas en överträdelse av kvalificerat slag (klar överträdelse).

[16] Bolaget hade i sitt överklagande av sanktionsavgiften inte ifrågasatt att dryckerna var sådana att burkarna skulle ha ingått i ett retursystem. Bolaget hade anfört att avgiften borde efterges eftersom bolagets företrädare hade fått uppgift från säljaren att detta inte krävdes. Den konventionsöverträdelse som gjordes gällande i skadeståndsmålet i första instans (Göta hovrätt) var en överträdelse av legalitetsprincipen, vilket Högsta domstolen alltså fann inte var för handen. När frågan om rätten till försvar uppkom i Högsta domstolen var det inte längre möjligt att få klarhet i vilket underlag som domstolen rent faktiskt hade haft tillgång till vid sin bedömning, även om det mesta talade för att domstolen hade fått del av Jordbruksverkets fullständiga beslutsunderlag. Justitiekanslern ansåg sig i den situationen varken böra göra gällande att domstolen hade förvissat sig om att förutsättningarna för avgiftsuttaget hade kontrollerats eller att utfallet, om så hade skett, ändå hade blivit detsamma.

[17] I sammanhanget kan nämnas att begreppet överträdelse i 3 kap. 4 § skadeståndslagen återspeglar den avvägning som ligger i att det inte krävs något kvalificerande moment för skadeståndsansvar samtidigt som varje i och för sig skadeståndsgrundande handling eller underlåtenhet inte medför en rätt till ekonomisk ersättning. Begreppet ”kränkning”, som förordats av bl.a. Lagrådet, innefattar en värdeladdning som skulle kunna påverka tolkningen av vilka överträdelse som kan grunda skadeståndsskyldighet liksom bedömningen av vilka överträdelser som också ska föranleda ekonomisk ersättning (jfr SOU 2010:87 Skadestånd och Europakonventionen, s. 316–317).

I mål T-341/07 Sison III[18] upprätthöll tribunalen ett sådant krav vid bedömningen av unionens utomobligatoriska skadeståndsansvar. EU-domstolen har befäst detta i mål C-337/15 P Staelen.[19] EU-domstolen gör i sin praxis inte någon skillnad mellan villkoren för unionens utomobligatoriska skadeståndsansvar och medlemsstaternas. Detta eftersom skadeståndsansvaret utgår från en allmän rättsprincip och som sådan bygger på principer som anses gemensamma för samtliga medlemsstater.[20]

Med utgångspunkt i EU-domstolens praxis angående den tidigare nämnda likvärdighetsprincipen har det gjorts gällande att Sverige inte (längre) skulle kunna upprätthålla ett krav på kvalificerande moment för skadeståndsansvar vid överträdelser av EU-stadgan. Detta eftersom något motsvarande krav inte upprätthålls för skadestånd vid konventionsöverträdelser eller vid överträdelser av regeringsformen.[21] Enligt min mening tar likvärdighetsprincipen emellertid inte sikte på de materiella villkoren för skadeståndsansvar.[22] För den medlemsstat vilken likt Sverige har valt att tillhandahålla skilda institut för att utverka skadestånd, kräver unionsrätten i allmänhet eller likvärdighetsprincipen i synnerhet inte att de mest förmånliga materiella momenten från de olika regelkomplexen får kombineras så snart överträdelsen avser en unionsrättslig bestämmelse.

Det är visserligen riktigt att EU-domstolen i senare praxis i skilda sammanhang har hänfört sig till principerna om likvärdighet och effektivitet och att det därmed finns utrymme för att stödja sig på en mer allmängiltig princip om likvärdigt rättsskydd. Som jag ser det är detta dock att föra det för långt. Den då åsyftade praxisen utgår från att medlemsstaten har infört en *viss sanktion* för överträdelser i *motsvarande eller identiska nationella situationer.*[23] Det ligger i sakens natur att sådana

[18] Mål T-341/07 Sison III (ECLI:EU:T:2011:687).
[19] Mål C-337/15 P Europeiska ombudsmannen mot Claire Staelen (ECLI:EU:C:2017:256).
[20] Se t.ex. de förenade målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du Pécheur (ECLI:EU:C:1995:407) punkten 55: ”Vad beträffar den andra förutsättningen för att såväl gemenskapens ansvar…som medlemsstaternas ansvar för överträdelser av gememskapsrätten, är det avgörande kriteriet för att anse att en överträdelse av gemenskapsrätten är tillräckligt klar, att en medlemsstat eller gemenskapsinstitution uppenbart och allvarligt har missbedömt gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning.”.
[21] Se Mörk och Hermansson, En enhetlig skadeståndsordning vid överträdelser av grundläggande rättigheter?, SvJT 2014 s. 507.
[22] Som nämnts inledningsvis har EU-domstolens praxis avseende likvärdighets- och effektivitetsprincipen tillkommit i mål som avsett nationella processuella villkor för hur talan förs, ställt i relation till den grundläggande principen om medlemsstaternas processuella autonomi. När EU-domstolen i sin praxis om medlemsstaternas skadeståndsansvar har hänfört sig till likvärdighets- och effektivitetsprincipen har domstolen inte syftat på de materiella villkoren för att fastställa att skadeståndsskyldighet som sådan föreligger.
[23] Så är fallet med det avgörande som anförs av Mörk och Hermansson: mål C-460/06 Paquay (ECLI:EU:C:2007:601). Det kan framhållas att målet inte rörde statens utomobligatoriska skadeståndsansvar utan diskrimineringsersättning. Den senare sanktionsformen har visserligen flera likheter med den förra men det finns

nationella sanktioner sällan kan tillkomma på annat sätt än genom lagstiftning, där sanktionens syfte, avgränsning och systematiska plats i den nationella rättsordningen har utretts och noga övervägts innan den införs.[24]

Men det går naturligtvis att argumentera för att Högsta domstolens avgöranden, som innebär att skadestånd kan utgå vid överträdelser av regeringsformen i vissa fall, medför att det i den svenska rättsordningen nu finns en allmän möjlighet till skadestånd från staten vid överträdelser av regler av en viss dignitet. Eller annorlunda uttryckt, att denna praxis innebär att en viss sanktion (skadestånd) generellt har införts för överträdelser i motsvarande nationella situationer (överträdelser av regler av grundlagskaraktär). Högsta domstolen har emellertid i såväl NJA 2014 s. 323 (åsidosättande av rätten till medborgarskap enligt 2 kap. 7 § andra stycket regeringsformen) som NJA 2014 s. 332 (ersättning vid rådighetsinskränkning i strid med dåvarande 2 kap. 18 § andra stycket regeringsformen) bedömt möjligheten till skadestånd specifikt i förhållande till respektive bestämmelse.[25] Lagstiftning på detta område synes inte aktuell i närtid.[26] I avsaknad av en lagfäst skadeståndsbestämmelse som utgår från den överträdda normens karaktär, framstår det som ytterst tveksamt att ta Högsta domstolens avgöranden till intäkt för att det i svensk rätt finns en stadgad ordning för skadestånd vid överträdelser av bestämmelser av grundlagskaraktär och som också skulle omfatta unionsrättsliga regler av motsvarande karaktär. Om så skulle anses vara fallet uppkommer bl.a. en svårförklarlig inkonsekvens i förhållande till den begränsningsregel som lagfästs avseende konventionsskadeståndet, dvs. att skadestånd som rättsmedel endast är tillgängligt om det är nödvändigt för att gottgöra överträdelsen.[27]

också skillnader dem emellan, bl.a. att det inte är staten som bär skadeståndsansvaret utan enskilda subjekt och att ersättningen därtill ska innefatta ett preventionspåslag som inte tillämpas för skadestånd generellt.

[24] På samma sätt som gäller för Europakonventionens fri- och rättigheter är utgångspunkten vid bedömningen av hur den enskildes rättsskydd ska utformas inte att ekonomisk kompensation i efterhand ska vara det primära rättsmedlet. En generell rätt till skadestånd skulle, paradoxalt nog, kunna leda till en urholkning av enskildas rättsskydd. Incitamentet för lagstiftaren och rättstillämparen att säkerställa att grundläggande rättigheter upprätthålls kan minska om utvägen att i stället som ”plåster på såren” utge skadestånd i efterhand uppfattas som allmängiltig och effektiv.

[25] Se Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten, SvJT 2014 s. 431, angående det vanskliga i att dra alltför långtgående och allmängiltiga slutsatser av dessa två avgöranden.

[26] Den parlamentariska kommitté som tillsatts för att utreda frågan ska redovisa sitt uppdrag den 31 mars 2020 (se komittédirektiv 2018:92).

[27] I mål C-337/15 P Staelen (ECLI:EU:C:2017:256) punkten 130, har EU-domstolen tillämpat en liknande princip: ”Varken ombudsmannens ursäkter, dennes senfärdiga rättelse av sitt fel, som beror på en förvanskning av innehållet i parlamentets yttrande, eller ombudsmannens undersökning på eget initiativ har i förevarande fall reparerat hennes ideella skada.” Denna begränsning hänför sig emellertid enbart till skadebedömningen, inte till om en i och för sig skadeståndsgrundande överträdelse har förekommit.

Det sagda leder mig till slutsatsen att en talan om skadestånd som grundas på en överträdelse av EU-stadgan, i Sverige inte kan föras med stöd av och enligt de villkor som gäller enligt Högsta domstolens praxis om rätt till skadestånd vid överträdelser av regeringsformen i vissa fall. Talan får i stället föras enligt det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet och vid prövningen tillämpas då de unionsrättsliga materiella villkoren för skadeståndsskyldighet. Den omständigheten att ett krav på kvalificerande moment vid överträdelsebedömningen i Sverige inte gäller vid överträdelser av regeringsformen eller enligt 3 kap. 4 § skadeståndslagen inverkar då i sig inte på den unionsrättsliga bedömningen.

Däremot gör sig de sakskäl som i den svenska rättstillämpningen, och nu av lagstiftaren, har anförts som stöd för att inte upprätthålla något kvalificerande moment för skadeståndsskyldighet vid överträdelser av grundläggande rättigheter förstås lika starkt gällande i förhållande till många av EU-stadgans rättigheter. EU-stadgan innehåller emellertid också bestämmelser som inte har sin motsvarighet i Europakonventionen och bestämmelser som inte kan anses vara av samma grundläggande karaktär. Detta talar mot att anta att kravet på klar överträdelse generellt inte kan upprätthållas. Och i den unionsrättsliga praxisen görs det alltså inte någon åtskillnad mellan villkoren för unionens och medlemsstaternas utomobligatoriska skadeståndsansvar. I nuläget kan inte anses gälla en för samtliga medlemsstater gemensam tradition som innebär att det generellt inte uppställs något krav på överträdelse av visst allvar för att skadestånd ska utgå vid överträdelser av grundläggande rättigheter. Till detta kan läggas att det unionsrättsliga skadeståndsansvaret utgör ett komplement till principerna om unionsrättens företräde och direkta effekt, principer vars effektiva genomslag dessutom säkerställs inom ramen för den ursprungliga processen genom skyldigheten för nationella domstolar att begära förhandsavgörande från EU-domstolen. Den enskildes rättsskydd än därmed starkare i det unionsrättsliga systemet än vad som gäller för internationella åtaganden i allmänhet liksom inom Europakonventionssystemet. Mot den bakgrunden framstår det i ett unionsrättsligt perspektiv inte som inkonsekvent att upprätthålla kravet på ett kvalificerande moment för skadeståndsansvar.

Däremot finns det gott stöd för att villkoret att överträdelsen ska vara klar kan tolkas olika beroende på rättighetens (den överträdda regelns) karaktär.[28] Men det är då fråga om en tolkning som ska gälla på samma sätt i samtliga medlemsstater (och även för unionens egen del). Som nämnts tidigare hindrar detta dock inte att den medlemsstat, som

[28] Mål C-337/15 P Staelen (ECLI:EU:C:2017:256) illustrerar detta. EU-domstolen fann visserligen att tribunalen hade åsidosatt fast praxis genom att anse att ombudsmannens åsidosättande av principerna för god förvaltning, utan närmare bedömning, utgjorde en tillräckligt klar överträdelse för att grunda skadeståndsansvar. EU-domstolens konkreta bedömning av överträdelsen utföll emellertid så att den ansågs vara tillräckligt klar.

så önskar, kan tillhandahålla en mer generös rätt till skadestånd, även om unionsrätten inte kräver det.

Den nu berörda frågan har för svensk del möjligen mindre betydelse i praktiken. Om den aktuella rättigheten i EU-stadgan har sin motsvarighet i Europakonventionen kan den enskilde föra talan enligt 3 kap. 4 § skadeståndslagen.[29] Något krav på en allvarlig eller klar överträdelse ställs då inte men å andra sidan ska skadestånd utges endast i den utsträckning det är nödvändigt för att gottgöra överträdelsen.

3 Skadestånd vid normgivningsfel

Vid tiden för Sveriges EU-medlemskap rådde osäkerhet kring frågan om normgivningsfel kunde medföra skadeståndsansvar enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen. Problemet låg dels i frågan om kravet att det skadeståndsgrundande felet ska ha vållats vid myndighetsutövning[30] alls omfattade den generella lagstiftningssituationen (särskilt i fråga om formella fel), dels i den talerättsbegränsning som följer av 3 kap. 7 § skadeståndslagen. Som nämnts inledningsvis kan sådana begränsningar inte tillämpas när det gäller unionsrättsligt skadestånd. Genom att det unionsrättsliga skadeståndet lämnades oreglerat nationellt kunde det helt undvikas att myndighetsutövningsbegreppet och talerättsbegränsningen (liksom den numera upphävda obligatoriska forumbestämmelsen i 3 kap. 10 §) blev tillämpliga på den unionsrättsligt grundade skadeståndsanspråken. Dessa begränsningar är även problematiska i det konventionsrättsliga sammanhanget, om än inte av alldeles samma orsaker som avseende unionsskadestånd. Den nya bestämmelsen i 3 kap. 4 § skadeståndslagen innebär att varken myndighetsutövningsbegreppet eller talerättsbegränsningen gäller för konventionsskadestånd. Att talerättsbegränsningen inte gäller för skadestånd på unionsrättslig grund och enligt 3 kap. 4 § skadeståndslagen har viss betydelse för bedömningen av tillåtligheten av fastställelsetalan, vilket behandlas senare i artikeln. Praxis på senare tid avseende frågan om normgivning kan omfattas av myndighetsutövningsbegreppet har alltså endast relevans för bedömningen av skadeståndsanspråk enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen.

[29] Rättigheter som har sin motsvarighet i Europakonventionen ska visserligen ha samma innebörd enligt EU-stadgan men det kan inte uteslutas att skyddsnivån enligt EU-stadgan kan var högre. I så fall kan situationen uppstå att EU-stadgan har överträtts men inte konventionen, varvid skadestånd inte kan utges enligt 3 kap. 4 § skadeståndslagen.

[30] I artikeln behandlas inte bestämmelsen i 3 kap. 3 § skadeståndslagen (se i stället NJA 2017 s. 824). Detta främst eftersom begreppet ”vid myndighetsutövning” i praxis (särskilt inom ramen för statens frivilliga skadereglering) har givits en vid tolkning och skadestånd därmed utges enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen i de fall det föreligger adekvat kausalitet mellan statens agerande och den skada som den enskilde gör gällande. Mellan frågan om den enskilde har blivit föremål för en betungande åtgärd från det allmännas sida (vilket kännetecknar myndighetsutövning) och frågan om den skadeståndsgrundande handlingen på ett adekvat sätt har medfört skada för denne finns uppenbarligen ett nära samband.

Genom en rad avgöranden med utgångspunkt i Finsk-svenska gränsälvskommissionens förordningar om begränsningar av fisket i Torne älv kom slutligen att konstateras att även normgivning i princip kan omfattas av myndighetsutövningsbegreppet i skadeståndslagens mening. Härav följer emellertid inte någon omedelbar rätt till skadestånd. Den konkreta tvisten har sin bakgrund i att det ursprungliga bemyndigandet för gränsälvskommissionen att meddela begränsningar i fisket i Torne älv hade lämnats av regeringen, inte riksdagen, vilket är en förutsättning vid överlämnande av normgivningsmakt till en mellanfolklig organisation. Efter att bemyndigande lämnats av riksdagen antog gränsälvskommissionen förordningarna på nytt, med samma innehåll.

I NJA 2001 s. 210 konstaterade Högsta domstolen att normbeslut inte generellt är undantagna från tillämpningsområdet för begreppet myndighetsövning enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen. Vidare framhölls att under paragrafens tillämpningsområde inte endast faller sådana beslut eller åtgärder som har omedelbara rättsverkningar för den enskilde. Bestämmelsen omfattar åtskilliga beslut eller åtgärder som ingår endast som led i myndighetsutövningen men som är reglerade av offentligrättsliga föreskrifter och indirekt kan få rättsliga konsekvenser för den enskilde, således som i det aktuella fallet själva bemyndigandet.

De närmare förutsättningarna för att ett felaktigt normbeslut ska kunna grunda skadeståndsansvar utvecklades i NJA 2010 s. 8. Där uttalade Högsta domstolen att skadestånd till följd av ett felaktigt normbeslut som huvudregel förutsätter att beslutet har föranlett konkreta myndighetsåtgärder eller att det är fråga om ett beslut som riktas direkt mot enskilda. Det skulle därmed i princip inte vara möjligt för den som rättat sig efter en felaktig norm att få ersättning för utebliven vinst, även om det inte kunde uteslutas att en sådan rätt undantagsvis kunde föreligga. Det fick i så fall förutsättas att normen genom sitt innehåll reellt sett tar sikte på en så klart avgränsad krets av enskilda att den ter sig jämförbar med ett konkret beslut riktat mot en enskild som tillhör denna krets. Enligt Högsta domstolen torde också gränsälvskommissionens normbeslut i praktiken främst ha riktat sig mot en begränsad krets av personer, närmast de som bedrev yrkesmässigt fiske i Torne älvs fiskeområde.

Trots detta konstaterande utgick inte något skadestånd. En ytterligare fråga är nämligen hur den skada som den enskilde kan ha lidit bör bedömas. För att bestämma en ren förmögenhetsskada vid oriktig myndighetsutövning ska, enligt Högsta domstolen, den verkliga händelseutvecklingen jämföras med det tänkta förlopp som den enskilde hade haft anledning att räkna med efter ett riktigt beslut eller en korrekt handläggning.[31] I det aktuella fallet saknades det fog för att

[31] I det aktuella avgörandet kan detta knappast betraktas som en princip för hur skadeståndet beräknas, här är det i stället fråga om huruvida det konstaterade felet har medfört någon skada, dvs. en prövning av orsakssambandet enligt 3 kap. 2 §

räkna med att en tillämpning av den korrekta delegationsordningen skulle ha lett till att gränsälvskommissionen inte hade bemyndigats att meddela föreskrifter om fisket i Torne älv eller att bemyndigandet skulle ha getts en annan utformning. Det fanns inte heller något stöd för att gränsälvskommissionens normer skulle ha fått ett annat materiellt innehåll, särskilt inte mot bakgrund av att beslutet om bemyndigande gick tillbaka på en överenskommelse mellan Sverige och Finland om ändringar i den gränsälvsöverenskommelse som gäller mellan länderna.[32]

Frågan om skadestånd enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen på grund av förfarandefel vid lagstiftningsarbetet har därefter prövats av Högsta domstolen i ett mål som gällde lotterilagens automatspelsförbud. Bakgrunden till anspråket var att de ändringar i lotterilagen, som infördes 1997, inte hade föregåtts av någon sådan anmälan till kommissionen som föreskrivs avseende tekniska föreskrifter enligt det då gällande direktivet 83/189/EEG om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter (informationsdirektivet). Ändringarna innebar att det förtydligades att s.k. lyckohjul omfattades av automatspelsförbudet. Regeringen ansåg visserligen att anmälningsskyldighet inte hade förelegat men eftersom det i rättstillämpningen ifrågasattes om automatspelsförbudet kunde upprätthållas avseende lyckohjulen pga. att anmälan inte hade skett, antogs samma bestämmelser på nytt 2002, efter anmälan till kommissionen. Först 2006 — efter att Högsta domstolen hade begärt förhandsavgörande från EU-domstolen — kunde det slås fast att anmälningsskyldighet hade förelegat.[33] Informationsdirektivet hade alltså överträtts när lagändringarna först infördes.

Ett spelbolag, som hade anpassat sig efter automatspelsförbudet, begärde skadestånd för den vinst som bolaget gått miste om under perioden 1997–2002. Bolaget förde i första hand talan om skadestånd på unionsrättslig grund.[34] En underlåtenhet att föranmäla en teknisk

skadeståndslagen. Den s.k. differensmetoden anses i svensk skadeståndsrätt i och för sig kunna ha betydelse för både bedömningen av ersättningsrätten som sådan som för skadeberäkningen. Den är dock inte omedelbart tillämplig som metod för att bedöma orsakssambandet enligt det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet. Orsakssambandet som materiellt villkor för skadeståndsansvar ska gälla på samma sätt inom unionen och ytterst uttolkas av EU-domstolen. Däremot kan samma sakargument anföras till stöd för att EU-domstolen skulle ha gjort samma bedömning i motsvarande situation. Jämför också kravet på skadebegränsande åtgärder.

[32] En annan sak är att gränsälvsfiskarna i NJA 2014 s. 332 fick fastställt att de hade rätt till ersättning av staten. Grunden var emellertid bestämmelsen i 2 kap. 18 § regeringsformen i dess lydelse före den 1 januari 2011 (nuvarande 2 kap. 15 §) som ansågs ge uttryck för en allmän rättsgrundsats om rätt till ersättning för rådighetsinskränkningar i vissa fall. Staten ansågs med stöd av denna princip ersättningsskyldig gentemot ett antal fiskare för den ekonomiska förlust som kan ha uppkommit för dem till följd av de restriktioner i fisket som infördes genom den aktuella förordningen. Justitiekanslern har för statens räkning under hösten 2018 träffat förlikning angående ersättningens storlek.

[33] Se NJA 2006 s. 246.

[34] Stockholms tingsrätts mål nr T 25021-06. Bolaget önskade inledningsvis få talan prövad parallellt eller med tillämpning ömsom av de materiella villkoren för

föreskrift kan emellertid inte medföra skadeståndsskyldighet för staten enligt det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet. Informationsdirektivet riktar sig till medlemsstaterna och skapar inte rättigheter för enskilda i den mening som avses i EU-domstolens praxis om medlemsstaternas skadeståndsskyldighet.[35] Bolagets talan om unionsrättsligt skadestånd ogillades alltså.[36]

Bolaget väckte därefter talan i Högsta domstolen och begärde skadestånd med stöd av 3 kap. 2 § skadeståndslagen.[37] Staten ifrågasatte inte att underlåtenheten att iaktta anmälningsskyldigheten enligt informationsdirektivet avseende 1997 års ändring i lotterilagen var ett förfarandefel som i princip skulle kunna föranleda skadeståndsskyldighet, men framhöll att automatspelsförbudet knappast kunde anses riktat mot en sådan avgränsad krets som förutsattes i NJA 2010 s. 8. Högsta domstolen konstaterade att uthyrning av lyckohjul vid tiden för 1997 års ändring i lotterilagen var en relativt ny verksamhet som bedrevs av några få aktörer på spelmarknaden. Verksamheten riktade sig i huvudsak till ett relativt begränsat antal idrottsföreningar, som i sin tur svarade för spelverksamheten i förhållande till enskilda. Oavsett antalet rörelseidkare och andra som direkt kom att påverkas av lagändringen stod det emellertid klart att ändringen kom till stånd för att hindra en pågående utveckling av spelmarknaden som statsmakten ansåg var oönskad. Lagändringen riktade sig därför till envar som redan bedrev eller som skulle kunna komma att bedriva spelverksamhet med lyckohjul. Förbudet mot lyckohjul var därmed inte jämförbart med ett konkret beslut riktat mot en enskild. Underlåtenheten att anmäla lagändringen kunde därmed inte grunda rätt till skadestånd enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen.[38]

unionsrättsligt skadestånd ömsom för skadeståndsansvar enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen. Detta föranledde ett avvisningsbeslut avseende talan såvitt den grundades på 3 kap. 2 § skadeståndslagen med anledning av den då gällande forumbestämmelsen i 3 kap. 10 § skadeståndslagen (enligt vilken talan med anledning av fel av lagstiftaren skulle väckas i Högsta domstolen).

[35] Se Svea hovrätts dom den 22 november 2011 i mål nr T 7771-10, genom vilken Stockholms tingsrätts dom den 2 september 2010 i mål nr T 25021-06 fastställdes (Högsta domstolen beslutade den 5 mars 2013 i mål nr T 5864-11 att inte ge prövningstillstånd).

[36] Avgörandet understryker att EU-domstolens uttalanden i fråga om unionsrättsakter som skapar rättigheter för enskilda måste läsas i sitt sammanhang. Att informationsdirektivet ger enskilda rättigheter på så sätt att den enskilde kan åberopa direktivet direkt för att freda sig mot ett ingripande från det allmänna som grundas på en nationell bestämmelse som har tillkommit i strid med informationsdirektivets anmälningskrav, innebär alltså inte att direktivet skapar rättigheter för enskilda i den mening som avses i EU-domstolens avgöranden som rör skadeståndsskyldighet.

[37] Högsta domstolens dom den 23 december 2013 i mål nr T 2266-12 (ej refererad).

[38] För det fall lagändringen hade ansetts rikta sig till en tillräckligt avgränsad krets hade en bedömning av det alternativa händelseförloppet, på samma sätt som skedde i NJA 2010 s. 8, aktualiserats. Det är svårt att se att inte också en sådan bedömning skulle ha lett till att skadeståndsanspråket hade ogillats. Bolaget hade haft att visa att det på objektiva grunder hade befogad anledning att förvänta sig att — om anmälan hade kommit till stånd — 1997 års ändring över huvud taget inte hade föreslagits för riksdagen eller att den materiella regleringen inte skulle ha haft väsentligen samma innehåll eller i sista hand att den hade trätt i kraft med en beaktansvärd

Det slutliga utfallet vid en bedömning av normgivningsfel enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen respektive det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet blir alltså i regel detsamma. Vägen dit skiljer sig emellertid åt på ett sådant sätt att det inte går att dra några egentliga slutsatser av avgöranden som rör det andra skadeståndsinstitutet.

4 Processuella villkor

4.1 Allmänt om skadeståndstalan i svensk domstol

Som framgår av artikel 19.1 andra stycket FEU och artikel 47 i EU-stadgan åligger det medlemsstaterna att tillhandahålla ett effektivt domstolsskydd för enskilda på de områden som omfattas av unionsrätten. I detta ligger först och främst att enskilda ska ha tillgång till domstolsprövning (”access to justice”). Mer konkret har detta krav i praxis uttryckts som så att de nationella processuella reglerna inte får göra det omöjligt eller orimligt svårt att utverka ett unionsrättsligt anspråk (effektivitetsprincipen) och att de processuella reglerna inte får vara mindre förmånliga än de som gäller för en motsvarande talan på nationell grund (likvärdighetsprincipen). Enligt principen om medlemsstaternas processuella autonomi bestämmer därmed varje medlemsstat själv vilka processuella regler som ska gälla för en talan om unionsrättsliga skadestånd, under förutsättning att det finns en rätt till domstolsprövning och villkoren för en sådan talan uppfyller effektivitets- och likvärdighetsprinciperna. Något förbud mot så kallad omvänd diskriminering finns inte. De processuella reglerna för nationellt skadestånd kan därmed vara mindre förmånliga än de som gäller för unionsrättsligt skadestånd, utan att komma i konflikt med medlemsstaternas unionsrättsliga åtaganden.[39]

I Sverige gäller inte några särskilda processuella regler för den som vill föra talan i domstol enligt det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet. De processuella reglerna för dispositiva tvistemål i allmänhet tillämpas alltså.[40]

På samma sätt som nyss utvecklats avseende de materiella villkoren för skadeståndsansvar måste talan enligt de olika regelkomplexen hållas isär. Som huvudregel i svensk processrätt är det visserligen faktiska omständigheter, inte rättsregler, som är föremål för åberopande. Eftersom det finns vissa processuella specialregler är det emellertid

senareläggning. Iakttagandet av anmälningsförfarandet medför i regel inte någon senareläggning; medlemsstaten har från anmälan att avvakta i tre månader med att låta regeln träda i kraft och endast om synpunkter inkommer inträder en så kallad frysningsperiod om tre månader.

[39] Det strider därmed inte mot likvärdighetsprincipen att för en talan om skadestånd enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen upprätthålla taleförbudet i 3 kap. 7 § skadeståndslagen avseende t.ex. beslut av regeringen, Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen.

[40] Talan mot staten om unionsrättsligt skadestånd väcks således som utgångspunkt vid Stockholms tingsrätt, då ”kronan” sökes i tvistemål i allmänhet där den myndighet, som har att bevaka talan i målet, har sitt säte (10 kap. 2 § rättegångsbalken) och statens talan i sådana mål förs av Justitiekanslern, som har säte i Stockholm (3 § förordningen, 1991:1301, om handläggning av skadeståndsanspråk mot staten).

nödvändigt att sökanden klargör om talan förs enligt det ena eller andra regelkomplexet. Domstolen kan annars inte bedöma bl.a. sin egen behörighet eller om talan kan prövas i sak. Före ändringarna den 1 april 2018 ställde särskilt den obligatoriska forumbestämmelsen i 3 kap. 10 § skadeståndslagen till problem. Enligt den bestämmelsen gällde förenklat uttryckt att talan om skadestånd som grundades på 3 kap. 2 § skadeståndslagen skulle väckas i Högsta domstolen om det fel som gjordes gällande begåtts av riksdagen, regeringen, Högsta domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen. Detta innebar att om sökanden grundade sin talan på ett lagstiftningsfel, talan skulle väckas i Högsta domstolen om den fördes enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen men i tingsrätt om den grundades på det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet. Än mer komplicerad blev situationen för skadestånd vid konventionsöverträdelser, där skadestånd för personskada, sakskada och ren förmögenhetsskada skulle dömas ut enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen men skadestånd för ideell skada skulle utgå utan särskilt stöd i lag. Skadestånd för ideell skada omfattades därmed inte av den särskilda forumbestämmelsen i 3 kap. 10 § skadeståndslagen. Även efter ändringarna den 1 april 2018 gäller taleförbudet avseende beslut av de högsta instanserna. Men taleförbudet är alltså endast tillämpligt på talan enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen. Varken talan om unionsrättsligt skadestånd eller konventionsskadestånd enligt 3 kap. 4 § skadeståndslagen omfattas. I det sagda ligger att om talan förs på alternativa rättsliga grunder, talan såvitt den grundas på 3 kap. 2 § skadeståndslagen ska avvisas medan samma faktiska omständigheter kan prövas i sak såvitt gäller skadestånd enligt det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet eller enligt 3 kap. 4 § skadeståndslagen.

4.2 Skadestånd för skatt som tagits ut i strid med unionsrätten

En fråga som vållar visst huvudbry är när ett unionsrättsligt skadeståndsanspråk hänför sig till skatt som har tagits ut i strid med unionsrätten. Enligt EU-domstolens fasta praxis föreligger en principiell rätt till återbetalning av skatter och avgifter som har tagits ut i strid med unionsrätten. Då det inte finns några unionsrättsliga regler för formerna för en sådan talan är det upp till varje medlemsstat att fastställa de närmare villkoren för hur en återbetalningstalan förs, under förutsättning att likvärdighets- och effektivitetsprincipen upprätthålls. För en rätt till återbetalning krävs, till skillnad från vad gäller skadestånd, inte någon klar överträdelse.[41] Eftersom EU-domstolen i sina domar fastställer den unionsrättsliga regelns korrekta tolkning från det att den trädde i kraft får EU-domstolens domar tillbakaverkande effekt. De ekonomiska konsekvenserna för medlemsstaterna kan därför bli betydande om EU-

[41] Det kan understrykas att det inte är en fråga för EU-domstolen att rättsligt kvalificera sökandens talan. Den nationella rättsordningen kan alltså tillhandahålla olika former för återbetalningstalan och skadeståndstalan utan att komma i konflikt med unionsrätten. Se mål C-94/10 Danfoss II (ECLI:EU:C:2011:674) punkten 32 med där angivna hänvisningar.

domstolen stannar för en tolkning som innebär att skatt har tagits ut i strid med unionsrätten. Principen om lagakraftvunna besluts orubblighet innebär visserligen att en medlemsstat inte är skyldig att återbetala skatt efter det att beskattningsbeslutet har vunnit laga kraft, under förutsättning att det funnits rimlig tid att överklaga dessförinnan.[42] I Sverige står dock som bekant möjligheten till omprövning i skatteförfarandet öppen under mycket lång tid.

Sverige har inte infört några särskilda regler för återbetalning av skatt som har tagits ut i strid med unionsrätten. Sådana krav hanteras inom ramen för det ordinarie skatteförfarandet. I det ordinarie skatteförfarandet kan dock endast den skattskyldige påkalla omprövning och erhålla återbetalning. I fråga om indirekt skatt är det inte den skattskyldige själv (säljaren) som bär den slutliga kostnaden för skatten, utan skatten övervältras på köparen. Köparen kan i en sådan situation visserligen föra talan om skadestånd mot staten men för att nå framgång med en skadeståndstalan är det inte tillräckligt att visa att skatten har tagits ut i strid med unionsrätten, det krävs också att överträdelsen är klar. Även kravet på direkt orsakssamband gäller. Möjligheterna till framgång genom en skadeståndstalan är därför ofta små.[43]

EU-domstolen har i det danska målet C-94/10 Danfoss II konstaterat att en nationell ordning för återbetalning som innebär att enbart den skattskyldige kan erhålla återbetalning av staten inte kommer i konflikt med unionsrättens krav, under förutsättning att köparen har möjlighet att föra en civilrättslig talan mot säljaren (den skattskyldige/den från staten återbetalningsberättigade) och därigenom erhålla återbetalning.[44] Enligt EU-domstolen strider det inte heller mot unionsrätten att, när köparen kan framställa en begäran om återbetalning mot den skattskyldige, avslå motsvarande skadeståndsanspråk mot staten med hänvisning till att det brister i orsakssambandet.

För svensk del framgår av Högsta domstolens avgörande i NJA 2015 s. 1072 (angående s.k. tryckerimoms) att en kund (köpare) — som har burit kostnaden för ett för högt debiterat mervärdesskattebelopp — kan vända sig till säljaren (den skattskyldige) och begära återbetalning av denne enligt läran om condictio indebiti. Till skillnad från vad som normalt är fallet vid en tillämpning av läran om condictio indebiti saknar det enligt Högsta domstolen betydelse att lång tid kan ha gått. Mot denna bakgrund kan det inom ramen för det svenska systemet knappast föreligga någon unionsrättslig skyldighet för staten att återbetala ett felaktigt uttaget skattebelopp till någon annan än den skattskyldige. Att Högsta domstolen i NJA 2017 s. 589 har funnit att allmän domstol i och för sig är behörig att pröva en talan om ”kompensation” för mervärdesskatt som påförts i strid med unionsrätten innefattar inte något

[42] Se de förenade målen C-392/04 och C-422/04 i-21 & Arcor (ECLI:EU:C:2006:586) punkten 51 med där angivna hänvisningar.
[43] Se för en närmare utveckling av dessa principer, dock i en något särpräglad situation, Justitiekanslerns beslut den 6 april 2009 (dnr 2409-08-40).
[44] Se mål C-94/10 Danfoss II (ECLI:EU:C:2011:674).

ställningstagande till om käranden i målet (en bank) kan få framgång i sak med sin talan om i första hand ”återbetalning” och i andra hand skadestånd. Bankens anspråk motsvarar de ca 500 miljoner kronor som banken betalat i mervärdesskatt på posttjänster till Posten-koncernen under 2004–2014.[45]

4.3 Fastställelsetalan

När det gäller fastställelsetalan finns det i och för sig inte några särbestämmelser för respektive materiellt regelkomplex om statens skadeståndsansvar. Skillnaderna mellan de olika skadeståndsinstituten gör emellertid att rättstillämparen måste vara uppmärksam på att praxis som har utvecklats kring tillåtligheten av fastställelsetalan om skadestånd enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen inte oavkortat kan tillämpas på unionsrättsligt och konventionsrättsligt skadestånd. De unionsrättsliga skadeståndsanspråken grundas oftast på ett påstående om att den svenska lagstiftningen står i strid med unionsrätten. Närliggande exempel är miljö- eller djurskyddsregler som uppställer krav som i och för sig kan hindra den fria rörligheten för varor. Eller för den delen nationella regler som syftar till att säkerställa folkhälsan, t.ex. spelmarknadsregleringen eller det svenska detaljhandelsmonopolet för alkohol. I sådana situationer är det för övrigt inte helt ovanligt att skadeståndstalan förs i syfte att få till stånd en ändring av reglerna, inte primärt för att utverka skadestånd för förfluten tid.

I avsaknad av en författningsdomstol är den möjlighet till domstolsprövning som tillhandahålls i Sverige en prejudiciell prövning av den nationella bestämmelsernas förenlighet med de unionsrättsliga reglerna inom ramen för en skadeståndstalan mot staten. Det kan därmed framstå som att den enskilde åtnjuter ett förhållandevis svagt rättsskydd här. Mot detta ska emellertid ställas att det i Sverige inte uppställs någon talerättsbegränsning för den som påstår sig ha ett skadeståndsanspråk mot staten. I Sverige prövas detta som en del av saken; om det när målet prövas i sak visar sig att de nationella bestämmelserna inte kommer i konflikt med unionsrätten, eller om så är fallet men sökanden inte kan anses ha påverkats direkt av överträdelsen eller styrkt sin skada, ogillas talan. Här skiljer sig Sverige sig från många andra medlemsstater där den enskilde för att få sin talan upptagen till sakprövning uppställer ett krav på att den enskilde visar att denne är direkt och personligen berörd. I Sverige balanseras den till synes obegränsade rätten att föra skadeståndstalan av regeringsformens överordnade *förbud mot abstrakt normprövning* (11 kap. 14 § regeringsformen). Detta innebär att rättegångsbalkens regel som tillåter fastställelsetalan i vissa fall — 13 kap. 2 § — inte kan ges en tolkning som innebär att en talan som innefattar abstrakt normprövning tillåts. När ett påstående om en överträdelse av unionsrätten kan prövas prejudiciellt inom ramen för en talan om skadestånd kommer det inte i konflikt med unionsrätten

[45] Stockholms tingsrätts mål nr T 8426-14.

att upprätthålla regeringsformens förbud mot abstrakt normprövning genom att i vissa fall inte tillåta fastställelsetalan. Detta framgår av EU-domstolens och Högsta domstolens avgöranden i Unibet-målet.[46]

Det är mot denna bakgrund som Högsta domstolens praxis om tillåtligheten av fastställelsetalan om skadeståndsskyldighet enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen måste ses. En talan om skadestånd enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen grundas som oftast på en konkret tillämpningssituation, inte ett lagstiftningsfel. Frågan om abstrakt normprövning aktualiseras då inte även om skadan eller skadorna inte preciseras och därmed orsakssambandet inte prövas fullt ut i fastställelseprocessen.

Att praxis om tillåtligheten av fastställelsetalan om skadeståndsskyldighet enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen inte gäller oavkortat för en talan om unionsrättsligt skadestånd har utvecklats av Hovrätten över Skåne och Blekinge i avvisningsbeslut avseende fastställelsetalan med anledning av det s.k. burförbudet för värphöns. I målet önskade kärandena föra en talan som syftade till en prövning av om staten i princip hade ådragit sig skadeståndsskyldighet för ekonomisk skada som kärandena i en senare process skulle visa. Eftersom skadorna inte preciserades skulle orsakssambandet mellan statens agerande och de skador som kärandena påstod sig ha lidit få anstå till en eventuell kommande fullgörelseprocess. Hovrätten konstaterade att om inte orsakssambandet bedömdes vid prövningen av skadeståndsskyldigheten, prövningen skulle innebära en prejudiciell bedömning av svenska bestämmelsers och myndighetsbeslut förenlighet med unionsrätten och således ha karaktären av abstrakt normprövning, vilket inte är tillåtet enligt svensk rätt. Hovrätten framhöll att det av EU-domstolens dom i Unibet-målet framgår att principen om ett effektivt domstolsskydd för enskildas rättigheter enligt unionsrätten inte innebär, så länge talan grundad på nationell rätt inte behandlas annorlunda, ett krav på möjlighet för enskild att föra en fristående talan om huruvida en nationell bestämmelse strider mot unionsrätten. Enligt hovrätten krävde således unionsrätten inte att den väckta talan enligt förstahandsyrkandet skulle tillåtas.[47]

Rättstillämparen måste dock samtidigt vara uppmärksam på att det nyss sagda också innefattar *en viss begränsning i principen om domstolens fria prövningsrätt* när det gäller svarandens bestridandegrunder. För att tillförsäkra den enskilde ett effektivt rättsmedel för prövning av unionsrättsliga anspråk får det inte förekomma att domstolen ogillar ett skadeståndsanspråk utan en prövning i sak av om det har förekommit en överträdelse av unionsrätten, t.ex. genom enbart ett konstaterade att käranden inte har styrkt sin skada. Med mindre än att käranden

[46] EU-domstolens mål C-432/05 Unibet (ECLI:EU:C:2007:163) respektive NJA 2007 s. 718.
[47] Hovrättens beslut (mål nr Ö 1900-08, Ö 1902-08 och Ö 1903-08) överklagades till Högsta domstolen, som inte gav prövningstillstånd (mål nr Ö 1279-10, Ö 1296-10 och Ö 1297-10).

uttryckligen godtar det skulle en sådan ordning, i den svenska kontexten, innebära att den enskilde inte ges tillgång till ett effektivt nationellt rättsmedel för prövning av det unionsrättsliga anspråket.[48]

I detta avseende gäller samma förutsättningar för det konventionsrättsliga skadeståndet. För att uppfylla kravet på tillgång till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 13 i Europakonventionen krävs att den enskilde i sak kan få prövat om det har förekommit ett åsidosättande av dennes fri och rättigheter.[49] På samma sätt som gäller för det unionsrättsliga skadeståndet innebär detta emellertid inte att den nu lagfästa skadeståndsbestämmelsen innefattar en möjlighet till abstrakt normprövning. Förbudet enligt 11 kap. 14 § regeringsformen gäller alltså även vid en talan enligt 3 kap. 4 § skadeståndslagen. Någon rätt till abstrakt normprövning kan inte härledas ur Europakonventionen. Det kommer bl.a. till uttryck i artikel 34 i konventionen som innebär att endast den som påstår sig ha varit utsatt för en konventionskränkning har klagorätt enligt konventionen.[50]

En närliggande fråga, som har tangerats i NJA 2017 s. 343, är om ett skadeståndsanspråk kan överlåtas och talan föras av annan än den som påstår sig ha utsatts för konventionsöverträdelsen. I det nyss nämnda avgörandet fann Högsta domstolen att en fordran på kränkningsersättning pga. brott inte kan överlåtas innan den fastställts. Avgörandet motiverades främst med kränkningsersättningens starkt personliga karaktär. Anspråk på ersättning för ideell skada pga. en konventionsöverträdelse är av liknande karaktär. Det kan dock konstateras att sådant skadestånd inte upptas i 5 kap. 7 § första stycket utsökningsbalken och därmed inte torde omfattas av utmätningsförbud. En anledning till att icke fastställda anspråk på konventionsskadestånd inte borde kunna överlåtas är att en sådan ordning skulle riskera att öppna upp för en taleform som ligger mycket nära den abstrakta normprövningen.

4.4 Skyldigheten att begära förhandsavgörande

När det gäller unionsrättsligt skadestånd finns det skäl att understryka att skyldigheten för domstol som dömer i sista instans att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen enligt artikel 267 tredje stycket FEUF utgör en unionsrättslig förpliktelse för medlemsstaten men den

[48] En närliggande situation är för närvarande föremål för prövning i Högsta domstolen (mål nr Ö 2343-18). Inom ramen för en talan om diskrimineringsersättning förnekade svaranden (ett flygbolag) att diskriminering hade förekommit men medgav att utge det yrkade beloppet som ”goodwillersättning”. Stockholms tingsrätt (mål nr FT 8882-17) meddelade dom i enlighet med medgivandet och avvisade samtidigt kärandens yrkande om fastställelse av diskrimineringen som sådan. Frågan om diskriminering hade förekommit prövades därmed inte i sak. Käranden hade inte framgång vid överklagande till Svea hovrätt (mål nr FT 10481-17). I denna situation är det i och för sig inte staten som är svarande men det kan uppenbarligen ifrågasättas om käranden har tillförsäkrats ett effektivt rättsskydd när frågan om diskriminering i sak inte får någon rättslig prövning. Högsta domstolen har beslutat att begära förhandsavgörande från EU-domstolen i frågan.

[49] Se bl.a. prop. 2017/18:7 s. 10.

[50] Se SOU 2010:87 s. 373 f. med där angivna hänvisningar.

skapar inte rättigheter för enskilda i den mening som avses i EU-domstolens praxis om medlemsstaternas skadeståndsansvar. Att en nationell domstol har underlåtit att fråga EU-domstolen när en sådan skyldighet har förelegat utgör förvisso ett fördragsbrott[51] men innefattar i sig inte en överträdelse som kan grunda skadeståndsskyldighet. För skadeståndsskyldighet krävs att den nationella domstolen också dömer ”fel” och alltså åsidosätter den materiella unionsrättsliga regel (som är avsedd att skapa rättigheter för enskilda) som tolkningsbeskedet skulle ha avsett. I den situationen beaktas såväl underlåtenheten att inhämta förhandsavgörande som de skäl som anförs härför inom ramen för bedömningen av om den bakomliggande överträdelsen av den materiella bestämmelsen utgör en klar överträdelse eller inte.[52]

5 Orsakssamband, skadebegränsning och medvållande

Såväl det unions- och konventionsrättsliga skadeståndsansvaret som skadeståndsansvaret enligt skadeståndslagen förutsätter att det föreligger ett orsakssamband mellan den skadegörande handlingen (underlåtenheten) och den skada som ersättning begärs för. Orsakssambandet är ett materiellt villkor för skadestånd. För skadeståndsansvar är det inte tillräckligt med ett orsakssamband i rent faktisk eller logisk mening, det krävs att skadan inte är en alltför avlägsen eller oförutsebar följd av skadehandlingen. I svensk skadeståndsrätt beskrivs detta i regel i termerna av adekvat kausalitet medan man unionsrättsligt brukar använda begreppet direkt orsakssamband.

I svensk processrätt ankommer det på den skadelidande att bevisa orsakssambandet. Som utgångspunkt tillämpas beviskravet styrkt, dock att det i vissa situationer finns exempel på ett sänkt beviskrav.[53] Att tillämpa denna bevisbörde- och beviskravsregel även på det unionsrättsliga skadeståndet kommer inte i konflikt med likvärdighetsprincipen. Inte heller anses sådana processuella krav göra det omöjligt eller orimligt svårt att utverka skadestånd. De kommer därmed vare sig i konflikt med den unionsrättslig effektivitetsprincipen eller rätten till ett effektivt rättsmedel enligt Europakonventionen.

Som en ytterligare begränsning av skadeståndsansvaret, utan att det kommer till uttryck i någon specifik regel, anses gälla att det åligger den skadelidande att vidta skäliga åtgärder för att begränsa skadan. Den skyldigheten gäller under hela skadeförloppet. Enligt praxis anses utgångspunkten vara att det är den skadeståndsskyldige parten som har bevisbördan för att den skadelidande parten hade kunnat vidta åtgärder som skulle ha begränsat skadan och att den skadelidande borde ha insett att denna möjlighet förelåg.[54]

[51] Se mål C-416/17 kommissionen mot Frankrike (ECLI:EU:C:2018:811).
[52] Se främst mål C-224/01 Köbler (ECLI:EU:C:2003:513) och jämför för svensk del Justitiekanslerns beslut den 16 mars 2011 (dnr 1520-11-40).
[53] Detta ska inte förväxlas med möjligheten att i vissa fall uppskatta en konstaterad skadas storlek efter skäligheten.
[54] Se NJA 2017 s. 9, särskilt punkterna 27, 31 och 37 med där angivna hänvisningar.

Enligt 6 kap. 1 § skadeståndslagen kan vidare skadestånd med anledning av sakskada eller ren förmögenhetsskada jämkas, om vållande på den skadelidandes sida har medverkat till skadan. Jämkning kan också ske om den skadelidande uppsåtligen eller genom grov vårdslöshet har medverkat till den egna personskadan. Kränkningsersättning på grund av brott omfattas inte av jämkningsbestämmelsen.[55] Bestämmelsen anses främst ha betydelse för det initiala skedet, för att bedöma om skadan helt hade kunnat undvikas. Såväl åberops- som bevisbördan för en sådan materiell jämkningsinvändning ligger på skadevållaren.

Eftersom unionsrättsligt skadestånd inte döms ut enligt skadeståndslagen framstår det som tveksamt att anse skadeståndslagens medvållanderegel direkt tillämplig på det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet. Då regeln främst utgår från initialskedet framstår den, när jämkning sker till noll, som en materiell begränsningsregel för skadeståndsskyldigheten som sådan, snarare än en kompletterande regel för skadeberäkning. Mot bakgrund av de unionsrättsliga förutsättningarna för skadeståndsansvar, dvs. att de materiella villkoren ska gälla på samma sätt i samtliga medlemsstater, är det systematiskt sett tveksamt att fastställa skadeståndsskyldighet i och för sig men jämka ersättningen till noll. Det är EU-rättsligt mer konsekvent att i stället konstatera att någon rätt till skadestånd inte föreligger på grund av bristande orsakssamband. En sådan gränsdragning kan få betydelse eftersom bl.a. åberopsbördan för orsakssambandet åligger skadelidanden medan en prövning av medvållande förutsätter åberopande från skadevållarens sida. Men lika lite som det går att dra en knivskarp gräns mellan kausalitet och skadeberäkning i svensk rätt, kan frågan om skadebegränsande åtgärder och medvållande helt åtskiljas.[56]

EU-domstolen har för sin del uttryckt saken på ett mer generellt vis: *enligt en allmän princip som är gemensam för medlemsstaternas rättsordningar ska nämligen den skadelidande, med risk för att annars själv behöva stå för skadan, visa en rimlig aktsamhet för att begränsa skadans omfattning*.[57] EU-rättsligt hänförs en sådan bedömning till skadeståndsskyldigheten som sådan, dvs. till orsakssambandet.

[55] Den skadelidandes eget beteende beaktas redan inom ramen för själva skadebedömningen, genom om han eller hon alls utsatts för en ersättningsgill kränkning och vid bestämmande av ersättningens storlek (prop. 2000/01:68 s. 50 f).

[56] Således synes Högsta domstolen i NJA 2013 s. 842 tänkt sig att fråga varit om ersättningsrätt som sådan vid bedömning av överklagande borde skett och vad det skulle ha lett till (jfr NJA 2010 s. 8). I målet är att märka att statens medvållandeinvändning hade gjorts i förhållande till det skadeståndsgrundande fel som käranden hade åberopat — dvs. åsidosättande av legalitetsprincipen — men att målet i Högsta domstolen kom att handla om åsidosättande av grundläggande rättssäkerhetsgarantier vid prövning av en brottsanklagelse. Frågan om det är rimligt att kräva att den enskilde överklagar kan ställa sig väsentligen annorlunda vid den senare typen av överträdelse.

[57] Se främst de förenade målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du Pécheur (ECLI:EU:C:1995:407) punkten 85 och mål C-445/06 Danske Slagterier (ECLI:EU:C:2009:178) punkten 61.

Det nyss nämnda uttalandet har gjorts i kontexten att skadelidanden har avstått från att ta i anspråk tillgängliga rättsmedel för att komma till sin rätt. Att avstå från att överklaga en dom eller ett förvaltningsbeslut som kommer i konflikt med unionsrätten, när en sådan överklagandemöjlighet stått till buds och med rimlig säkerhet hade kunnat leda till ändring, medför i regel att staten inte kan hållas skadeståndsskyldig på unionsrättslig grund. För att en talan enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen ska ogillas på grund av att skadelidanden hade kunnat undgå skadan genom ett överklagande krävs som utgångspunkt att staten åberopar medvållande som grund för jämkning enligt 6 kap. 1 § skadeståndslagen. Den senare bestämmelsen är också i princip tillämplig på konventionsskadestånd enligt 3 kap. 4 § skadeståndslagen. Här blir det emellertid tydligt att konventionsskadeståndet skiljer sig från både unionsskadeståndet och skadestånd enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen.

Skadestånd som kompensation för överträdelser av Europakonventionens fri- och rättigheter är efterställt andra tillgängliga rättsmedel, eller som det uttrycks i 3 kap. 4 § andra stycket skadeståndslagen: *skadestånd enligt första stycket ska endast utges i den utsträckning det är nödvändigt för att gottgöra överträdelsen.* Bestämmelsen tar i första hand sikte på rätten till skadestånd i och för sig (skadestånd ska vara ”nödvändigt”).[58] Till exempel en underlåtenhet att överklaga till domstol ska bedömas mot bakgrund av detta stadgande och ska, för det fall den skadelidande borde ha utnyttjat denna möjlighet för att komma till rätta med överträdelsen, medföra att skadeståndsyrkandet ogillas. Bedömningen i förhållande till andra tillgängliga effektiva rättsmedel görs således inte inom ramen för en medvållandeinvändning enligt 6 kap. 1 § skadeståndslagen. Vidare gäller att ersättning för ”annan ideell skada” enligt 3 kap. 4 § första stycket 2 skadeståndslagen inte omfattas av jämkningsbestämmelsen (jfr kränkningsersättning på grund av brott).

6 Ersättningsgilla skador och ersättningsnivåer

Det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet ska enligt EU-domstolens praxis kompletteras med nationella regler om skadeberäkning. För svensk del är det oklart vilka skadeberäkningsregler som skulle kunna aktualiseras. Även om man för det unionsrättsliga skadeståndet tillämpar de vedertagna skadetyperna i skadeståndslagen finns där knappast några egentliga beräkningsmodeller.[59] Även om vissa nationella principer kan ha relevans för både orsakssambandsbedömningen

[58] I vissa fall kan det kvarstå ett behov av gottgörelse även om den enskilde har utnyttjat ett tillgängligt rättsmedel. För att i lagtext klargöra att skadestånd i kombination med övriga rättsmedel då ska utges för att uppnå fullgod gottgörelse anges att skadestånd ska utgå ”i den utsträckning” det är nödvändigt. Se prop. 2017/18:7 s. 25.

[59] Sverige har godtagit en unionsrättslig skadeberäkningsregel i direktiv 2014/104/EU om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga

och för att bestämma skadeståndets storlek behöver man unionsrättsligt hålla isär bedömningarna. Det unionsrättsliga kravet på ett direkt orsakssamband är ett materiellt villkor för skadeståndsskyldighet, inte ett sätt att beräkna skadans storlek.

Unionsrättsligt gäller som tidigare nämnts att samtliga skadetyper i princip måste kunna ersättas.[60] För svensk del är det främst den tidigare vedertagna principen att det krävs stöd i lag för att ersättning för ”ideell skada” ska kunna utgå som varit problematisk. Utvecklingen för konventionsskadeståndets del har dock inneburit att denna princip inte kan upprätthållas, vilket samtidigt fått till effekt att frågan i det EU-rättsliga sammanhanget inte har och heller inte behövt sättas på sin spets.

Det som komplicerade diskussionen var att ”ideell skada” inte utgjorde en vedertagen skadetyp enligt skadeståndslagens terminologi. Enligt 3 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 1 § skadeståndslagen ersätts personskada, sakskada och ren förmögenhetsskada samt kränkningsersättning pga. brott.[61] Under begreppet personskada faller emellertid ersättning av såväl ekonomisk som ideell karaktär (bl.a. inkomstförlust och ersättning för sveda och värk). En inkomstförlust kan t.ex. komma att ersättas antingen som personskada eller ren förmögenhetsskada, beroende på uppkomstsammanhanget. Eftersom skadetyperna i skadeståndslagen inte i första hand är definierade med utgångspunkt i skadans karaktär passade det inte helt in att använda ideell skada som skadetyp. Det var bl.a. mot denna bakgrund som lagförslaget i SOU 2010:87 enbart använde begreppet ”annan skada” för konventionsskadestånd som inte ersattes som någon av de tidigare uppräknade skadetyperna i skadeståndslagen. Genom den slutliga lagtexten — där ersättning utgår för ”annan ideell skada” — kan dock skadetypen ideell skada sägas ha fått fotfäste i svensk skadeståndsrätt.

Inom ramen för utvecklingen på konventionsområdet har det däremot konstaterats att det inte finns anledning att i övrigt ge upp de svenska principerna för vilka skadeposter som ersätts och hur ersättningen beräknas. Detta har tydliggjorts genom diskussionen kring om det vid konventionsöverträdelser som inte enbart leder till skada av ideell karaktär funnits skäl att såsom förekommer i Europadomstolen utge ersättning för ”loss of opportunities”[62]. Sådan ersättning döms ut av Europadomstolen med stöd av artikel 41 i Europakonventionen

bestämmelser. Tiden får utvisa om dessa åtaganden kommer att inverka mer generellt på skadeståndsberäkning i andra sammanhang. Att direktivet har genomförts i särskild lag (konkurrensskadelagen, 2016:964) och sådan skadeståndstalan handläggs i patent- och marknadsdomstol kan tala mot mer omfattande spridningseffekter.

[60] Jämför såvitt gäller unionens utomobligatoriska skadeståndsansvar för ideell skada mål C-337/15 P Staelen (ECLI:EU:C:2017:256).

[61] För en närmare genomgång se t.ex. SOU 2010:87 avsnitt 2.8 med där angivna hänvisningar.

[62] Se t.ex. SOU 2010:87 avsnitt 3.5.3 och 3.5.4 med där angivna hänvisningar till Europadomstolens praxis.

(”just satisfaction”, skälig gottgörelse) och innefattar som utgångspunkt ersättning för ekonomisk skada som uppskattats efter skälighet, t.ex. förlorade affärsmöjligheter i mer allmän bemärkelse. Begreppet är dock inte entydigt i Europadomstolens praxis och det kan också omfatta ersättning av ideell karaktär, t.ex. ersättning för förlust av ”processuella” möjligheter. Även om ersättning för ekonomisk skada som utgångspunkt även i Europadomstolen kräver att klaganden tillhandahåller konkret utredning om skadan, förekommer det alltså att Europadomstolen förordnar om ersättning enligt artikel 41 i konventionen efter en mer allmän skälighetsbedömning.

Som framgår av förarbetena till 3 kap. 4 § skadeståndslagen innebär den lagfästa skadeståndsregeln inte att några nya skadetyper — utöver annan ideell skada — har införts. Ersättning för ekonomisk skada ska även fortsättningsvis inordnas under någon av de vedertagna skadetyperna i skadeståndslagen och bestämmas med utgångspunkt i de regler och principer för att bestämma skadeståndets storlek som framgår av skadeståndslagen och praxis. Utvecklingen på konventionsområdet har således inte inneburit att principen att skadelidande ska styrka skadans storlek har luckrats upp. Någon generell princip att ekonomisk skada ska bestämmas efter skälighet har inte tillkommit i svensk skadeståndsrätt.[63] Utvecklingen på konventionsområdet kan därmed inte heller antas ha påverkat utrymmet att tillämpa bestämmelsen i 35 kap. 5 § rättegångsbalken eller grunderna för den bestämmelsen, vare sig det gäller skadestånd enligt 3 kap. 2 eller 4 §§ skadeståndslagen eller EU-rättsligt skadestånd. Att ersättning för ideell skada kan utgå i flera fall än tidigare och att sådana skador av icke-ekonomisk karaktär måste bestämmas efter skälighet har inte förändrat utgångpunkterna för att fastställa ersättningen för skador av ekonomisk karaktär.

När det gäller ersättning för skada av ideell karaktär har frågan om ersättningsnivåer kommit att få stort fokus, möjligen beroende av att flera av de mål som har kommit under Högsta domstolens prövning enbart har gällt ersättningens storlek.[64] I NJA 2012 s. 211 I–II, som avsåg långsam handläggning, tillämpade Högsta domstolen en beräkningsmetod som bygger på en jämförelse av den totala handläggningstiden (som rimligen ska bestämmas enligt de principer som fastställts av Europadomstolen vid bedömningen av om det har förekommit en överträdelse) och den handläggningstid som målet borde ha haft. De aktuella målen är emellertid inte typiska för mål där rätten till rättegång inom skälig tid har åsidosatts. I det första målet (ett dispositivt

[63] En annan sak är att Justitiekanslern inom ramen för statens frivilliga skadereglering, liksom i process vid domstol, har möjlighet att ingå förlikning och att det då kan finnas skäl att vid konstaterade överträdelser inte ställa alltför höga krav på utredningen om skadans storlek.

[64] I såväl NJA 2012 s. 211 I–II som i NJA 2013 s. 1038 II var det fråga om konstaterade överträdelser, varför Högsta domstolen endast prövade frågan om kompensationens storlek.

tvistemål handlagt i enbart en instans) bestod i princip hela handläggningstiden av inaktivitet och i det andra målet (ett av de s.k. Regeringsrättsmålen) var den totala handläggningstiden osedvanligt kort för att alls kunna innefatta en överträdelse. Det typiska målet där rätten till rättegång inom skälig tid har åsidosatts har en mycket lång total handläggningstid i flera instanser, där det från tid till annan har förekommit perioder av inaktivitet. Eftersom den skada som ska kompenseras vid långsam handläggning är den känsla av maktlöshet och oro som drabbar den som under alltför lång tid hålls i ovisshet om utgången av processen, fastställer Europadomstolen ersättningen efter en skälighetsbedömning som främst relaterar till just den totala handläggningstiden. Högsta domstolens beräkningsmetod i dessa avgöranden torde mot denna bakgrund ha fått begränsad betydelse.

I den nya bestämmelsen i 5 kap. 8 § skadeståndslagen anges att ersättning för annan ideell skada ska bestämmas med hänsyn till vad som är skäligt och med beaktande av överträdelsens art och omständigheterna i övrigt. I propositionen anges att ersättningen ska ligga i nivå med kränkningsersättning, dock med beaktande av att nivåerna i förhållande till Europadomstolens syn på skadeståndets storlek inte får leda till ett uppenbart orimligt resultat.

Ett sådant synsätt har sedan 2007 tillämpats av Justitiekanslern inom ramen för statens frivilliga skadereglering. Europadomstolen bedömde 2012 i klagomålet Eriksson att den i praxis fastlagda möjligheten till skadestånd uppfyllde kravet enligt artikel 13 i Europakonventionen att på det nationella planet tillhandahålla ett effektivt rättsmedel för att komma till rätta med konventionsöverträdelser.[65] I det aktuella avgörandet finns en sammanställning av de ersättningsnivåer som Justitiekanslern tillämpat i den frivilliga skaderegleringen. Europadomstolen har alltså i detta avgörande, liksom i avgöranden från 2013, bedömt att även de tillämpade ersättningsnivåerna uppfyller konventionens krav.[66]

När det gäller ersättning för ideell skada är det svårt att dra några mer allmängiltiga slutsatser av Högsta domstolens praxis. På konventionsområdet har Högsta domstolen visserligen konstaterat att skadeståndsbeloppet inte ska innehålla något sådant preventionspåslag som gäller för diskrimineringsersättning. Högsta domstolen har inte lika tydligt som lagstiftaren nu gjort relaterat konventionsskadeståndet till kränkningsersättningen; i något fall framstår i stället konventionsskadeståndet som påfallande högt vid en sådan jämförelse. Samtidigt har Högsta domstolen avseende diskrimineringsersättning antagit

[65] Se Europadomstolens avgörande i Eriksson v. Sweden (Application no. 60437/08).

[66] Se Ruminski v. Sweden (Application no. 10404/10) och Marinkovic v. Sweden (Application no. 43570/10), där det konstateras att ett effektivt nationellt rättsmedel ska anses ha funnits tillgängligt från december 2009 genom Högsta domstolens avgörande i NJA 2009 N 70, då praxis kunde anses stadgad och avse alla typer av konventionsöverträdelser.

en försiktig hållning på senare tid.[67] Detsamma gäller för ersättning enligt personuppgiftslagen.[68] Avseende skadeståndsbeloppet för åsidosättande rätten till medborgarskap enligt regeringsformen uttalade Högsta domstolen att sådan ersättning varken kunde relateras till kränkningsersättning, diskrimineringsersättning eller konventionsskadestånd. Det i målet utdömda skadeståndet (100 000 kr) måste betraktas som mycket högt.

7 Avslutande synpunkter

Statens utomobligatoriska skadeståndsansvar har under de senaste 10 åren i flera viktiga avseenden utvecklats, förtydligats och fördjupats. Utvecklingen har främst drivits framåt genom tillkomsten av en generell möjlighet till skadestånd vid överträdelser av Europakonventionens bestämmelser. I ljuset av denna utveckling framstår det som alltmer vanskligt att begränsa diskussionen om statens utomobligatoriska skadeståndsansvar till den rent nationella skadeståndsrätten. När utvecklingen drivs framåt inte genom lagstiftning utan i rättstillämpningen, finns emellertid begränsningar i hur allmängiltig och konsekvent utvecklingen kan bli. Även om utvecklingen av de olika skadeståndsmöjligheterna påverkar varandra är därför viss försiktighet med att dra alltför allmänna slutsatser påkallad. Ett tydligt exempel på detta är att skadestånd som rättsmedel för att kompensera åsidosättanden av regler av grundläggande karaktär kan ställa sig väsentligen annorlunda beroende av hur rättsskyddet i övrigt är anordnat. Således kan en möjlighet till skadestånd vid överträdelser av Europakonventionen inte oavkortat tas till intäkt för att en möjlighet till skadestånd alltid och under motsvarande villkor ska finnas tillgänglig vid åsidosättande av grundlagsbestämmelser eller EU-stadgan.

[67] NJA 2014 s. 499.
[68] NJA 2013 s. 1046.